This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 212 718

Bu 235

243

Die

Stellung der Schenkung

im

Rechtssystem.

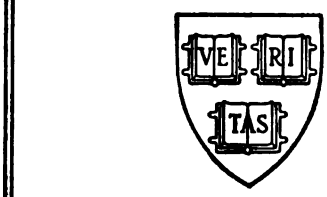
Von

Dr. Hugo Burckhard.

Würzburg.
Druck der Kgl. Universitätsdruckerei von H. Stürtz.
1891.

GER
919
BUR

HARVARD
LAW
LIBRARY



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

GERMANY

Die

Stellung der Schenkung

im

Rechtssystem.

Von

Dr. Hugo Burckhard.

Würzburg.

Druck der Kgl. Universitätsdruckerei von H. Stürtz.

1891.

Herrn

Dr. Burkard Wilhelm Leist

Geheimem Justizrath und ordentlichem Professor des römischen Rechts
an der Universität Jena

zu seinem

fünfzigjährigen Doctorjubiläum

am

17. Mai 1891.

Hochverehrter Herr Jubilar!

Wenn an Ihrem heutigen Ehrentag die deutsche Rechtswissenschaft auf den mit ihm abschließenden Zeitraum von fünfzig Jahren, der wie kaum ein anderer ein solcher gewaltiger Entwickelung auch in Dingen des Rechts ist, mit begründeter Befriedigung zurückblickt, so denkt sie reicher Förderung, die sie Ihnen zu danken hat. Denn in den zehn Lustren Ihres schriftstellerischen Lebens ist keines, in dem Sie nicht durch tiefdringende eigenartige Gedankenarbeit in Fülle die Wissenschaft befruchtet und bereichert. In der Jugendzeit auf beschränktem Gebiete durch Erforschung des Vergangenen allgemein wahre Sätze für das Bestehende gewinnend und dann fernab vom gebahnten Weg die Grundbegriffe und Grundgedanken römischer Rechtsinstitute aufspürend wie deren Verwendung im

674066

Einzelnen prüfend, haben Sie im reiferen Alter, in Befolgung und Bewahrheitung des Dichterworts: Zu ſtetem Lernen bleibet auch das Alter jung, Ihre Studien weit über die Grenzen des römiſchen Rechts ausgedehnt: auch hierin wie in Ihren ſpecifiſch romaniſtiſchen Werken zu den Ausgangspunkten Ihrer Jugendarbeiten zurückkehrend, haben Sie in geſteigerter Fruchtbarkeit durch Darſtellung der den griechiſchen und italiſchen Völkern gemeinſchaftlichen Stammesinſtitute und des Zuſammenhangs dieſer mit der gemeinſamen Wurzel des altariſchen Rechts den Kreis unſerer Anſchauungen erweitert und erleuchtet.

Geſtatten Sie uns, hochverehrter Herr Jubilar, unſere Antheilnahme an dem Tag, der einen Abſchnitt, nicht einen Abſchluß Ihrer ſeltenen wiſſenſchaftlichen Thätigkeit be-

zeichnet, zum Ausdruck zu bringen wie durch die anſpruchs-loſe Gabe, der die Veranlaſſung allein Werth verleiht, ſo durch den Wunſch, daß das reiche geiſtige Leben, welches ein gütiges Geſchick Ihnen gegönnt, dem Dienſte unſerer Wiſſenſchaft noch lange erhalten bleibe.

Die rechts- und ſtaatswiſſenſchaftliche Fakultät der Univerſität Würzburg.

Carl v. Riſch. Hugo Burckhard. Lothar Seuffert. Carl Freih. v. Stengel. Georg Schanz. Ernſt Mayer. Chriſtian Meurer.

Während im System der Gajanischen Institutionen die Schenkung keinen Platz gefunden hat, weder in dem den T. I. II. 1 squ. entsprechenden Abschnitt quemadmodum singulae res nobis adquiruntur[1]) noch bei der Darstellung der Obligationen, und Ulpians Fragmente im Titel XIX de dominio et adquisitionibus rerum sie nicht nennen[2]), stellt

---

[1]) Vergl. die Gegenüberstellung des Gajanischen und Justinianischen Systems hinsichtlich der civilen und naturalen Eigenthumserwerbsarten bei Böcking, Pand. d. röm. Privatrechts, Anhang VI. S. *27.

[2]) Ueberhaupt finden sich bei Gajus wie Ulpian nur ganz wenige gelegentliche Bemerkungen über Schenkung. Gajus enthält, abgesehen von dem civitate Romana donari (I. 94, III. 20), nur folgende Sätze: Das tradere ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa überträgt Eigenthum nur, wenn Tradent Eigenthümer war (II. 20); wenn der Erbe eine dem Erblasser commodirte oder vermiethete oder deponirte Sache irrig für eine dem Erblasser gehörige hält und sie verkauft oder verschenkt, oder wenn der Usufruktuar im irrthümlichen Glauben, daß der partus ancillae ihm gehöre, diesen verkauft oder verschenkt, so begeht er damit kein furtum (II. 50); si quid pupillo ex

Juſtinian in T. I. de donat. 2. 7 die Schenkung als eine und zwar civile Art des Eigenthumserwerbes hin[1]). In § 11 I. de rerum divis. 2. 1 wird erklärt, daß in der Lehre von den Erwerbsarten des Eigenthums der Anfang mit denen des ius naturale als den älteren gemacht werden ſolle: davon handeln dann die folgenden Paragraphen und ſpeciell von der Tradition die §§ 40 ff. mit der an die Spitze geſtellten Bemerkung, daß nihil tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi, und der daraus gezogenen Conſequenz, daß, wenn Sachen ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur; am Schluß des T. I. de usu et habit. 2. 5 heißt es: ex-

---

hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet (II. 182); beim interdictum utrubi nützt dem Kläger auch die possessio alterius, quam iustum est ei accedere, velut eius, a quo emerit vel ex donatione aut dotis nomine acceperit (IV. 151). Und Ulpian erwähnt, abgeſehen von dem si plus donatum sit, non rescindit als Beiſpiel der lex imperfecta (I. 1), unter dem mehrverheißenden Titel De iure donationum inter virum et uxorem eben nur das von beſtimmten Ausnahmen durchbrochene Verbot ſolcher Schenkungen (VII. 1), offenbar in Ergänzung der VI. 9 wieder gerade nur mit einem Wort berührten retentio propter res donatas.

[1]) Auch Theophilus bei ſeiner Recapitulation der Eigenthumserwerbsarten (II. 9 § 6) gedenkt der Schenkung nicht, weder unter den fünf bezüglich vier adquisitiones legitimae noch unter den vierzehn adquisitiones naturales.

posuimus summatim, quibus modis iure gentium res adquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo et civili iure adquiruntur, und der Darſtellung dieſer civilen Eigenthumserwerbsarten ſind die beiden folgenden Titel de usucapionibus und de donationibus gewidmet, deren jedem anhangsweiſe ein weiterer civiler Erwerbsgrund angefügt iſt: in § 14 I. de usucap. 2. 6 der Erwerb derjenigen, qui a fisco per venditionem vel donationem vel alium titulum aliquid accipiunt[1]), in § 4 I. de donat. 2. 7 der antiquirte Fall: 'erat olim et alius modus civilis adquisitionis per ius accrescendi'.

Die Frage, wie ſich dieſe Stellung der Schenkung unter den Eigenthumserwerbsarten und ſpeciell unter den civilen erklärt, iſt eine viel ventilirte.

In Bezug auf die erſtere iſt am radicalſten die Löſung von Obrecht in ſeiner Oeconomia donationis simplicis et relatae. Er unterſcheidet (Disput. III. de fine, effectibus et repugnantibus donat. simpl.) in Bezug auf die Frage, ob durch Schenkung Eigenthum übertragen werde: iſt verſprochen und zugleich tradirt, ſo iſt Eigenthum übergegangen; iſt verſprochen und nicht tradirt, ſo iſt im Fall der stipulatio nicht

[1]) Vielleicht an Stelle der altcivilen addictio: ager quaestorius — ager assignatus.

Eigenthum übergegangen, ſondern nur eine Obligation entſtanden, weil hier nicht eigentliche Schenkung, ſondern nur stipulatio donationis causa vorliegt, hingegen im Fall der vom Beſchenkten angenommenen verbalis promissio (d. h. des formloſen Verſprechens) gilt das Eigenthum als auf den Beſchenkten übergegangen, indem hier promissio pro traditione habetur. Von dieſer durch die verwunderlichſten Gründe geſtützten Anſicht aus, daß das ſeit Juſtinian klagbare pactum donationis den Eigenthumsübergang bewirke, macht natürlich die Erklärung der Stellung der Schenkung unter den Eigenthumserwerbsarten, wenn man eben nur die Sachſchenkung ins Auge faßt und von Schenkung durch stipulatio, acceptilatio u. ſ. w. abſieht, keine Schwierigkeit. Andrerſeits benutzt Obrecht wieder dieſe Stellung und die Bezeichnung der Schenkung als civilis modus adquirendi dominii als Beweisgrund für ſeine Anſicht von dem Eigenthumsübergang infolge bloßen pactum donationis: wenn nämlich die Schenkung als civile Eigenthumserwerbsart characteriſirt werde, ſo ſei dies nur zu verſtehen entweder von der Schenkung, die traditione oder die stipulatione oder die pacto erfolge; da es nun von Tradition nicht verſtanden werden könne, weil dieſe iuris gentium ſei, und von Stipulation nicht, weil durch dieſe nicht Eigenthum übertragen, ſondern eine Obligation begründet werde, ſo müſſe nothwendig an pactum gedacht ſein, dann müſſe aber die Tradition deshalb als erfolgt gelten,

weil es sonst nicht Eigenthumserwerbs-, sondern Obligationsentstehungsart sein würde[1]).

Auch Böcking (Pand. d. römischen Privatrechts § 106 A. 27) sieht, wenn schon in anderer Weise, den Grund in der Neuerung Justinians, weil jetzt das Schenkungsversprechen die necessitas traditionis in se habet: zu Gajus Zeit sei die Schenkung an sich, ohne hinzukommende Tradition, in keiner Weise Eigenthumserwerbsart gewesen, in Justinians Institutionen aber werde sie deshalb als solche hingestellt, weil nach Justinian das einfache auf die Gegenwart gestellte Schenkungsversprechen ohne Tradition sofort perfect und durch condictio ex lege geschützt sei. Wenn gegen den Einwand Schillings (Lehrb. f. Institt. u. Gesch. des röm. Privatrechts III. S. 783. Erinnerung 2), daß dann dem Kaufcontract die gleiche Stellung anzuweisen gewesen wäre, von Böcking in der 2. Auflage geltend gemacht wird, der Kauf erzeuge eben nicht eine condictio ex lege auf Eigenthumsübertragung, so wird dadurch die Schwäche seiner Position

---

[1]) Merkwürdigerweise giebt Obrecht eine actio condicticia, erklärt aber, es sei das nicht eigentlich eine actio in personam, sondern der Beschenkte fordere die Sache als eine ihm bereits gehörige mit utilis rei vindicatio, wie sie in l. 3. C. de don. sub modo gewährt werde (das ist die Klage desjenigen, zu dessen Gunsten dem Beschenkten ein modus aufgelegt ist!) — während er doch von seinem Standpunkt aus die rei vindicatio directa zu geben keinen Anstand nehmen durfte.

nicht gehoben: denn wenn die von Tradition nicht begleitete Erklärung gegenwärtig zu schenken nur eine persönliche condictio auf Uebertragung des Eigenthums erzeugt, so bewirkt doch eben diese Erklärung nicht schon den Uebergang des Eigenthums — wie also kann darin ein Grund liegen, sie unter die Erwerbsarten des Eigenthums zu stellen? Mit demselben Recht würde man die stipulatio auf dare zu den Eigenthumserwerbsarten rechnen.

Wird von den bisher Erwähnten die Institutionenstellung der Schenkung auf Justinians Neuerung der Klagbarkeit des formlosen Schenkungsversprechens zurückgeführt, so sehen gerade umgekehrt Andere nur vom Standpunkt des älteren Rechtes aus in der Schenkung eine Eigenthumserwerbsart. So erklärt Cuiacius (Paratitla in libr. L Dig. ad T. D. 39. 5 und Observ. X. 28)[1]) unter dem Beifall Vieler, daß die

[1]) Donatio quoque inter vivos (außer der don. mortis causa, die wie das Legat civilis adquisitio sei), si fiat per traditionem nexi sive mancipationem, civilis adquisitio est, sed si per traditionem possessionis corporalem, naturalis, et hoc quidem secundum ius vetus. Jure enim novo, ut venditio ita donatio non est adquisitio, quando quidem nudo consensu perficitur, et nudus consensus dominium non mutat, sed est causa adquisitionis, ex qua si sequatur traditio, per eam traditionem dominium adquiritur iure naturali, aut iure civili adquirendi eius per usucapionem praebetur occasio. Denique iure veteri donatio non fuit conventio, sed adquisitio civilis aut naturalis, l. 4. 5. C. Th. de don. 8. 12. Jure novo est conventio, non adquisitio.

donatio nach altem Recht adquisitio, nach Justinianischem Recht aber conventio sei[1]), und Puchta (Cursus d. Instit. II. § 206 N. g.), nach dessen Ansicht die Institutionenverfasser bei dieser Stellung ein fremdes Muster nachgeahmt haben, findet den Grund derselben darin, daß, weil nach der Lex Cincia Schenkungen durch Uebertragung des Eigenthums und des Besitzes geschehen mußten, Schenkung durch irgend ein anderes Rechtsgeschäft, abgesehen von personae exceptae, ausgeschlossen gewesen sei[2]). Wieder Andere erblicken, zum Theil neben dem historischen Moment, daß wie nach der Lex Cincia so auch noch nach den kaiserlichen Constitutionen eine Schenkung in der Regel nur durch gehörig erfolgte Uebergabe der Sache Giltigkeit erlangte, den Grund in dem Umstand, daß die Schenkung auch ohne vorhergegangenes Versprechen

---

[1]) So z. B. auch Otto, Comm. ad Instit., pr. I. 2. 7: nach altem Recht war die Schenkung nicht conventio, sondern adquisitio, nicht contractus, sondern actus, nach neuerem Recht ist sie mehr titulus und causa adquirendi als modus adquirendi.

[2]) Eine ähnliche Erklärung findet sich schon in der Turiner Institutionenglosse Nr. 126: ideo inter adquisitiones posita est donatio, quia inter veteres non aliter robur accipiebat, nisi traditio sequeretur, quae est dominii adquisitio. Ein fremdes Muster nimmt, wie Puchta, auch Heineccius ad Vinn. p. 253 an: die Verfasser der Institutionen hätten sich zu streng an Caius oder einen andern alten Juristen gehalten, zu dessen Zeit noch jede Schenkung nach der Lex Cincia durch Mancipation habe geschehen müssen.

durch sofortige Hingabe der Sache geschehen kann und dieser Fall der wichtigste und häufigste ist[1]).

Daß keiner dieser Gründe die systematische Stellung in den Institutionen rechtfertigt, ist klar. Sie läßt sich überhaupt nicht rechtfertigen, sondern höchstens erklären. Auch wenn man von den anderen Fällen der Schenkung, durch Stipulation, Cession, Acceptilation u. s. w. ganz absieht und nur den Hauptfall, die Schenkung durch Eigenthumsübertragung ins Auge faßt, ist die Subsumirung der Schenkung unter die Eigenthumserwerbsarten eine schiefe, auf dem Mangel der Erkenntniß des Unterschiedes von formalem und materiellem Element des Zuwendungsgeschäfts beruhende und nur hieraus erklärliche. Justinian begeht denselben Fehler wie Modestin in l. 22 de don. 39.5[2]): wie dieser, wenn er die Schenkung zu den contractus stricti iuris rechnet, dabei das specifische Mittel der Vermögenszuwendung durch Stipulation im Auge hat, indem natürlich nicht die materielle causa donandi, sondern die Form der Stipulation das Geschäft zu einem contractus stricti iuris stempelt, so stellt Justinian die Schenkung

---

[1]) Vergl. z. B. Schilling a. a. O. S. 783. Erinn. 2. Keller, Pand. § 64. Windscheid, Pand. II. § 365. A. 7.

[2]) Eum, qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

unter die Eigenthumserwerbsarten lediglich mit Rückſicht auf das Mittel der Vermögenszuwendung. An eine Schenkung durch Stipulation, Acceptilation u. ſ. w. iſt begreiflicherweiſe dabei nicht gedacht, ſo wenig wie Modeſtinus an eine ſolche durch Eigenthumsübertragung denkt; aber auch wenn es ſich um ſchenkweiſe Eigenthumsübertragung handelt, iſt es nicht die Schenkung als ſolche, die etwa neben mancipatio, in iure cessio, traditio eine ſelbſtändige Art des Eigenthumserwerbs bildete: ſie gehört hierher nicht von Seiten des ihr characteriſtiſchen cauſalen Moments der Unentgeltlichkeit, ſondern lediglich von Seite des Mittels, falls dies eben in Uebertragung des Eigenthums beſteht. Eine beſondere Eigenthumserwerbsart iſt die doni datio ebenſowenig wie die dotis datio oder die mutui datio. Die Tradition oder Mancipation iſt es, die das Eigenthum überträgt, nicht die causa donandi oder dotis constituendae oder credendi, und mit gleichem Recht wie die donatio hätte die dotis und mutui datio unter die Eigenthumserwerbsarten geſtellt werden können; nur ein characteriſtiſcher Unterſchied beſteht zwiſchen dieſen Fällen und der Schenkung, der es zwar nicht rechtfertigt, aber doch erklärlich erſcheinen läßt, daß der dort vermiedene Fehler der Subſumtion unter die Eigenthumserwerbsarten hier nicht vermieden iſt: bei dotis datio und mutui datio entſteht außer dem Eigenthumsübergang noch eine weitere rechtliche Folge, während bei der Schenkung mit der Hingabe zu Eigenthum Alles

erſchöpft iſt und die Wirkung des Eigenthumsübergangs rein hervortritt — die rechtliche Wirkung der Schenkung d. h. der ſchenkungshalber vorgenommenen Hingabe zu Eigenthum iſt lediglich der Erwerb des Eigenthums für den Beſchenkten.

Welches nun auch der Gedanke Juſtinians geweſen ſein mag, als er die Schenkung als ſolche neben anderen Eigenthumserwerbsarten aufführt, wie kommt er dazu, ſie gerade als civilis modus adquisitionis zu behandeln?[1]). Wenn Schilling (S. 783 Erin. 2) bemerkt, daß die donatio zwar unter den civilrechtlichen Erwerbsarten des Eigenthums vorkomme, nicht aber wie die usucapio und das ius accrescendi ausdrücklich als ſolche, ſondern nur als genus adquisitionis bezeichnet werde, und darin eine Inconſequenz findet, die ſich nur daraus erkläre, daß die donatio zwar im älteren Recht wegen der bei res mancipi erforderlichen mancipatio oder in iure cessio zu den civilrechtlichen Eigenthumserwerbsarten

---

[1]) Beide Fragen werden oft nicht gehörig auseinandergehalten. So auch in der Gloſſe zu pr. I. h. t. v. adquisitionis: die Schenkung ſei civiler Natur, weil ſie per stipulationem tantum contrahebatur, quae est iuris civilis; oder ſie ſei iuris civilis approbatione, non inventione, ihr Urſprung ſei uno modo iuris gentium, nämlich per traditionem, dieſer modus ſei ſpäter vom ius civile approbirt und dazu noch ein anderer erfunden, die stipulatio, endlich ſei dazu durch Juſtinian ein dritter gekommen, das nudum pactum.

gehöre, im neueren Recht aber, wo überall die bloße Tradition hinreiche, nur noch als naturale Erwerbsart angesehen werden könne, so ist dabei auf den Umstand, daß die donatio nicht ausdrücklich civilis modus adquisitionis genannt wird, ein übertriebenes Gewicht gelegt, denn aus der oben angeführten Reihenfolge der Darstellung der Eigenthumserwerbsarten ergiebt sich klar, daß Justinian die Schenkung wirklich als civile Erwerbsart denkt und sie, wenn auch nicht mit directen Worten, so doch durch den Zusammenhang ausdrücklich als solche prädicirt.

So sicher es nun ist, daß nicht von Seiten der causa, sondern allein des Mittels die Schenkung als Eigenthumsübertragung betrachtet werden kann, ebenso sicher ist, daß in letzterem Moment die Eigenschaft der Schenkung als civilis adquisitio ihren Grund nicht hat. Denn wäre hierfür die Form der Eigenthumsübertragung entscheidend, so müßte die Schenkung bald naturalis, bald civilis modus adquisitionis sein, je nachdem sie durch Tradition oder durch mancipatio und in iure cessio vorgenommen wird, wie denn auch in § 40, 41 I. 2. 1, wo das Mittel der Zuwendung, die Tradition, ins Auge gefaßt ist und die donatio nur als causa erscheint, ganz correct die Natur dieses Mittels als maßgebend angesehen und die Schenkung d. h. die traditio ex causa donationis eben so wie die traditio ex causa dotis vel qualibet alia ex causa unter den naturalen Erwerbsarten aufgezählt wird. Darum wird von den Meisten, die sich

überhaupt auf eine Unterſuchung dieſer Frage einlaſſen, Juſtinian zurecht gewieſen mit der Bemerkung, daß die Schenkung durchaus nicht blos civile Erwerbsart ſei: ſie ſei es zweifellos dann nicht, wenn ſie durch Tradition vollzogen werde, und der Umſtand, daß ſie früher bei res mancipi durch mancipatio oder in iure cessio habe bewirkt werden müſſen, ſei kein ſtichhaltiger Grund, da eben ſpäter die bloße Tradition genüge.

Nach den Meiſten iſt deshalb die Schenkung, je nachdem die Eigenthumsübertragung durch Tradition oder Mancipation erfolgt, bald iuris gentium, bald iuris civilis[1]). Nach Hotomann (Disput. de donat. omnium generum, Op. T. I. P. I. cap. 9 § 35) iſt ſie hinſichtlich der materia d. h. inſofern es ſich um Eigenthumsübertragung handele, iuris gentium, hinſichtlich der forma aber, da ſie durch mancipatio, in iure cessio, traditio vorgenommen werden könne, iuris civilis, und nach Otto (Comm. ad Instit., pr. I. 2. 7) wie

---

[1]) Giphanius, ad T. D. 39. 5. Prolegom. wendet ſich zunächſt gegen die Anſicht, als ob etwas beiderlei Rechts ſein könne: nach der Stellung in den Inſtitutionen ſei die Schenkung zweifellos iuris civilis, dafür fehle es aber in Wahrheit an genügendem Grund, indem zu Juſtinians Zeit die Tradition genüge, und in der l. 1 de prec. 43. 26 werde die Schenkung offen dem ius gentium zugeſchrieben, wofür denn auch der innere Grund ſpreche, daß die donatio ex liberalitate nascitur und dieſe naturalis ſei.

nach Cujacius (vgl. S. 5. Anm. 1) ist die Schenkung nach altem Rechte, wo sie noch adquisitio, nicht conventio war, im Fall der Tradition von res nec mancipi Erwerbsart des ius gentium, im Fall der Mancipation von res mancipi hingegen zugleich iuris civilis und iuris gentium. Contius (Disput. I cap. 13) ist der Meinung, daß die Schenkung nach dem Naturrecht ohne Tradition nicht Giltigkeit habe, daß sie aber seit Justinians Verordnung über die Klagbarkeit des bloßen Versprechens ein modus adquirendi civilis sei. Obrecht a. a. O. (Disput. I. De—causa efficiente don. simplicis) erklärt für die causa efficiens remota der Schenkung theils das ius gentium, theils das ius civile, indem die Schenkung als modus adquisitionis bald dem einen, bald dem andern angehöre: naturalis modus adquirendi sei sie, wenn sofort geschenkt und trabirt werde, civilis modus hingegen, wenn ohne Tradition durch Versprechen geschenkt werde, indem dieses früher wirkungslose Schenken durch blos wörtliches Versprechen infolge des kaiserlichen Gesetzes die Wirkung sofortigen Eigenthumsüberganges erhalten habe. Nach Vinnius (Comm. in Instit. T. I. 2, 7 initio) ist die donatio absoluta inter vivos durch Tradition selbstverständlich nicht dem ius civile zuzurechnen, denn sie habe von diesem in Bezug auf Form und Perfection nichts an sich und werde in § 40, 41 I. de R. D. 2. 1 ausdrücklich unter die adquisitiones iuris gentium gestellt, wie denn auch bei Japanern und anderen Völkern die

Schenkung zweifellos in Gebrauch sei[1]); daß aber die Lex Cincia die Schenkungen verboten habe, sei für die Characterisirung als civilis adquisitio kein Grund, da auch der Verkauf mancher Sachen verboten und trotzdem der Kauf iuris gentium sei; allerdings gehöre nun die Nothwendigkeit der Insinuation dem ius civile an und daher könne man Schenkungen über 500 solidi unter die Erwerbsarten des ius civile rechnen, wobei aber doch immer festgehalten werden müsse, daß die Schenkung nicht ausschließlich civilis, sondern größtentheils naturalis sei, hingegen alle Schenkungen unter 500 solidi seien rein iuris gentium — Justinian sei daher nur dann zu vertheidigen, wenn man von der Annahme ausgehe, daß er, wie sich aus der Reihenfolge seiner Erörterungen ergebe, hauptsächlich von den donationes impropriae, der donatio mortis causa und propter nuptias, zu handeln sich vorgenommen habe[2]).

---

[1]) Der Gedanke, daß Justinian die Schenkung mit Unrecht unter die civilen Erwerbsarten stelle, weil das Naturrecht die Schenkung schon kenne, und sie mithin ein naturalis modus adquirendi sei, findet sich mehrfach. Vgl. Höpfner, Theoret.-prakt. Comm. 7. Aufl. S. 426. Dagegen Hugo, Civil. Magaz. I. 192 f.: so lange man annimmt, der Unterschied zwischen römischen und natürlichen Erwerbsarten liege darin, ob das Naturrecht sie kenne oder nicht, muß man auf Abwege gerathen.

[2]) Gegen diese Vertheidigung wendet sich Hugo, Civil. Magaz. III. 189.: wer sich damit begnügt zu sagen, die donatio sei eine römische

Auch Donell (Comm. V cp. 2 § 10) macht u. a. als Grund für die civile Natur der Schenkung geltend, daß außer Tradition noch Insinuation erfordert werde[1]), aber er kommt der Wahrheit doch näher als Andere, wenn er sagt: betrachtet man nicht die adquisitio allein, sondern die ganze Schenkung, so hat dieselbe viel civilrechtliches, indem für sie eine Reihe eigenthümlicher nur im ius civile begründeter Sätze zur Anwendung kommen, wie die Klagbarkeit des bloßen pactum, die revocatio propter ingratitudinem u. a.; handelt es sich hingegen um den bloßen Erwerb des Geschenks, so ist der Erwerb da, wo Tradition ohne Insinuation genügt, stets ex iure gentium[2]). Hierin steckt ein richtiger Kern, insofern als

---

Erwerbungsart, weil das Legat es ist und die donatio mortis causa von Justinian dem Legate gleichgesetzt ward, der kommt freilich über diese ganze Schwierigkeit leicht hinweg, nur, wie mich dünkt, ein bischen gar zu leicht.

[1]) Der Satz, daß mit Willen des Eigenthümers durch Tradition, aber nicht durch bloße Tradition das Eigenthum übertragen werde, beruhe auf ius civile, indem nach ius commune und gentium die bloße Tradition genüge. Hierher gehöre die Schenkung, weil bei einem Betrag über 500 solidi Insinuation erforderlich sei: quae vel unica causa satis esse potuit Justiniano, cur is inter eos modos, quibus iure civili res adquiruntur, de donationibus ageret.

[2]) Quanquam et aliae causae sunt, cur separatim et isto loco id fecerit: ut enim in donatione non adquisitionem solam, sed donationem totam spectemus, habet donatio pleraque iuris civilis, sine quibus ad plenam istam adquisitionem pervenire non potest, cuiusmodi est causa

auf die Form des Erwerbs, die ebenso natural wie civil sein kann, wofür die causa ganz gleichgiltig ist, die civile Natur der Schenkung nicht gegründet werden darf, sondern lediglich darauf, daß das Gesammtgeschäft der schenkweisen Eigenthumsübertragung, mag es der Form nach civil oder natural sein, von Seiten seiner causa dem ius civile angehört, weil die diesem Gesammtgeschäft eigenthümlichen Rechtssätze, die ihren Grund in der causa donandi haben und die eben darum, wie bei jeder Vermögenszuwendung donandi causa, so auch bei der schenkweisen Eigenthumsübertragung zur Anwendung kommen, nicht durch naturalis ratio gegeben, sondern civilrechtlicher Natur sind[1]).

Daß dieser Gesichtspunkt für Justinian der bestimmende sein konnte, ergiebt sich aus § 41 I. de R. D. 2. 1. Wenn es hier heißt, daß bei traditio ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa zweifellos das Eigenthum

---

donandi, donandi tempus et effectus donationis. — Illud semper manebit, si de sola adquisitione donati inter vivos agitur, hanc esse ex iure gentium, cum sola traditione sine insinuatione perficitur: ex iure civili, cum praeter traditionem etiam insinuationem desiderat.

[1]) Nach dem Satz: cum quid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium id est civile efficimus l. 6 pr. de J. et J. 1. 1. Dagegen wendet Höpfner, Theor.-pract. Comm. S. 426 ein, daß, wenn auch die bürgerlichen Gesetze bei einer Erwerbungsart etwas Positives festsetzen, sie dadurch allein kein modus adquirendi civilis werde.

übertragen werde — und zwar, wie aus dem Vorhergehenden erhellt, ex iure gentium —, während dies bei der Tradition einer res vendita nur unter Vorausſetzung der Preiszahlung oder Creditirung der Fall ſei, und letzterem hinzugefügt wird: quod cavetur quidem etiam lege XII tabularum (alſo inſofern gehört es dem ius civile an), tamen recte dicitur et iure gentium id est naturali id effici, ſo iſt damit deutlich ausgeſprochen, daß, wenn das Erforderniß vorheriger Preiszahlung oder Creditirung nicht ſchon in der naturalis ratio begründet wäre, ſondern lediglich auf der Beſtimmung der zwölf Tafeln beruhte, dieſer Fall nach Juſtinians Meinung nicht zu denen gehören würde, in welchen per traditionem iure naturali res nobis adquiruntur: er würde denſelben, wenn es ſich um eine rein civilrechtliche Vorſchrift handelte, zu den adquisitiones civiles rechnen. Das beweiſt auch der § ult. I. de usucap. 2. 6. Hier iſt der Fall, daß der vom Fiscus eine dieſem nicht gehörige Sache per venditionem vel donationem vel alium titulum d. h. durch naturale Tradition auf Grund eines dieſer Titel Erwerbende das Eigenthum erlangt, durch ſeine Stellung als civilis adquisitio characteriſirt, zweifellos aus keinem andern Grund, als weil es nicht auf naturalis ratio, ſondern auf rein poſitiver Beſtimmung beruht, daß durch Tradition von Seiten eines Nichteigenthümers Eigenthum übertragen wird. Wie in dieſen Fällen der civilrechtliche Satz der an ſich naturalen Erwerbsart nach

Juſtinians Auffaſſung den Stempel der civilis adquisitio aufdrückt bezüglich aufdrücken würde, ſo konnten die civilen Sätze, welche für die der Form nach naturale Erwerbung durch Tradition ex causa donationis gelten, Juſtinian beſtimmen, das Geſammtgeſchäft der doni datio unter die adquisitiones civiles zu ſubſumiren.

Dabei mag ein äußeres Moment mitgewirkt haben. Hugo, der ſeine urſprüngliche unhaltbare Anſicht — wonach die Schenkung zu den adquisitiones lege, wovon Ulpian XIX. 17 nur Beiſpiele anführe, deshalb gehören ſoll, weil ſie ſich auf einen eigenen Volksſchluß, nämlich die Lex Cincia, ſtütze [1])

---

[1]) Civil. Magaz. I. 192 ff. Wenn auch Hugo dieſe Anſicht ſpäter verworfen hat, ſo iſt es doch intereſſant zu ſehen, in welch eigenthümlicher Weiſe er nach einer Löſung des Problems ſucht. Er wirft die Frage auf, weshalb die Schenkung von der Tradition verſchieden und unter die römiſchen Erwerbsarten geſtellt ſei, während die Tradition unter die natürlichen gerechnet werde, die Schenkung alſo, inſofern ſie eine eigene Erwerbungsart ſei, nicht unter die Tradition gehöre. Seiner Meinung nach ergiebt ſich die Antwort leicht, ſobald man bedenkt, daß vor dieſer letzteren eine causa d. h. eine perſönliche Forderung wirklich vorausgehen mußte: man werde durch Tradition nur Eigenthümer der Sache, die man vorher zu fordern hatte, mithin werde Niemand eine Schenkung, die ohne vorhergehendes Verſprechen geſchieht, wie z. B. ein Präſent, Almoſen, für eine Tradition halten, obgleich diejenige dahin gehörte, bei welcher eine Forderung vorherging. „Warum aber, fragt er weiter, gab die Schenkung römiſches Eigenthum? Die größte Schwierigkeit macht mir dabei der Umſtand, daß Ulpian die Schenkung in einer Enumeration und Abhandlung

— ſpäter ſelbſt aufgegeben hat und unter Berufung auf Theophilus, der § 4 I. h. t. und § 6 I. 2. 9 die donatio weglaſſe, den Character der Schenkung als civilis adquisitio ſchlechthin leugnet, iſt der Meinung, daß ſie unter die civilen Erwerbsarten des Eigenthums lediglich beiläufig gekommen ſei, etwa wie die Lehre von Veräußerung und Erwerb durch Andere im 8. und 9. Titel zwiſchen die Erwerbsarten geſtellt werde[1]). Rein beiläufig iſt es nun wohl nicht geſchehen, aber es mag allerdings eine Art von Verlegenheitsſtellung ſein.

---

der römiſchen Erwerbungsarten wegläßt." Gerade dies aber zeige die Spur, wo die Schenkung, inſoweit ſie keine Mancipation iſt, hingehören könne, ohne daß ſich Ulpian einer großen Unterlaſſungsſünde ſchuldig mache: er habe in § 17, wie das velut zeige, bei der adquisitio lege blos Beiſpiele angegeben, alſo eine Lücke gelaſſen, wo das, was er übergangen habe, hingehören müſſe. Es ſei alſo höchſt wahrſcheinlich, daß die Schenkung ſich auf einen eigenen Volksſchluß gründete, und welcher könnte dies ſein als die Lex Cincia? Dieſe verordnete zwar bei beträchtlichen Geſchenken, auch wenn die Sache an ſich keine res mancipi war, z. B. bei großen Geldſummen, eine Mancipation; ſie dürfte aber nur ausdrücklich geſetzt haben: bei minder wichtigen Geſchenken ſoll das Eigenthum übergehen, ſobald die Sache abgeliefert iſt (ſie mag verſprochen geweſen ſein oder nicht), ſo konnte man die Schenkung unter die römiſchen Erwerbungsarten, kraft einer Lex, rechnen! — In anderer Weiſe will Schweppe, Röm. Rechtsgeſch. § 315 die civile Natur der Schenkung auf die Lex Cincia ſtützen: Da nach der Lex Cincia nur die Erfüllung völlig wirkſam iſt, ſo denken die Römer die Schenkung als doni datio und machen daraus eine adquisitio civilis.

[1]) Civil. Magaz. III. 187 ff.

Juſtinian will von den adquisitiones naturales und civiles ſprechen: während er nun von den erſteren zahlreiche Fälle aufzuführen in der Lage war, waren von den letzteren die Hauptfälle, mancipatio und in iure cessio, antiquirt und es blieb ihm nur die usucapio; daher ſchaltet er — in ähnlicher Weiſe, wie er an Stelle des antiquirten Litteralcontracts die Grundſätze über die querela non numeratae pecuniae in dem Titel de litterarum obligatione unterbringt — die donatio, die wegen der für ſie geltenden eigenthümlichen poſitiven Beſtimmungen einen civilrechtlichen Character hat, hier ein, weil er, von dem Vorbild der Gajaniſchen Inſtitutionen im Stich gelaſſen, einen beſſeren Platz für ſie nicht weiß und weil er, wie Viele vor und nach ihm, ſich nicht zum Bewußtſein bringt, daß die Schenkung als materieller Character mit den formellen Arten des Eigenthumserwerbs nichts zu thun hat. Auch die Stellung unſerer Lehre in den Digeſten iſt zweifellos eine Verlegenheitsſtellung. Denn nach inneren Gründen dafür, daß die Schenkung zwiſchen operis novi nuntiatio, cautio damni infecti, actio aquae pluviae arcendae und Publicanenedict einerſeits und den Grundſätzen über Sclavenmanumiſſion und verwandte Fragen andererſeits ihren Platz gefunden hat, wird man vergeblich ſuchen: daß es ſich in T. D. 39. 1—3 um Rechtsmittel zum Schutz des Grundeigenthums und in T. D. 39. 4 neben anderem auch um Erwerb des Eigenthums an den commissa für den Zollberechtigten handelt, wäre doch

ein recht dürftiger Anknüpfungspunkt. Steht in den Inſtitutionen die Lehre von der Schenkung nach den naturalen Erwerbsarten am Schluß der civilen, hinter der usucapio, ſo iſt ſie in der Anordnung der Digeſten durch das ganze 40. Buch von den Eigenthumserwerbsarten überhaupt geſchieden, und als Repräſentant der civilen Erwerbsarten nur die usucapio genannt.

Lange Zeit hat man ſich bei der durch Juſtinian der Schenkung angewieſenen Stellung unter den Eigenthumserwerbsarten beruhigt. Doch fehlt es ſchon bei Aelteren nicht an vereinzelten Verſuchen, ſie anderswo unterzubringen. Der älteſte findet ſich wohl im Brachylogus, woſelbſt die Schenkung zwar nicht in Zuſammenhang mit den Conſenſualcontracten dargeſtellt, aber doch als ein Fall derſelben bezeichnet iſt, indem der Verfaſſer am Ende des Titels de contr. ex consensu III. 12 ſagt: huius species sunt hae: emtio venditio, locatio conductio, mandatum, societas, est et praeter has donatio, de qua superius dictum est[1]).

[1]) In Petri Except. leg. Roman. wird die Lehre ganz plan- und ſyſtemlos an den verſchiedenſten Stellen ſtückweiſe vorgetragen. Lib. I. cp. 7—10 handeln de donatione patris und matris (Schenkung des Gewalthabers an die Kinder — Schenkung der Eltern an liberi naturales) in Zuſammenhang mit der teſtamentariſchen und geſetzlichen Erbfolge; cap. 36 von Schenkung unter Ehegatten und cap. 44 von donatio arrharum

Johannes Apel in seiner Isagoge erklärt es für falsch, die Schenkung nach Anleitung der Justinianischen Institutionen zu den Eigenthumserwerbsarten zu stellen, und ist, auf den Brachylogus sich stützend [1]), der Ansicht, daß es nach Justinianischem Recht richtiger sei, sie den Consensualcontracten beizufügen: nam hoc ausim affirmare, longe accommodatius subiungi eam quatuor contractibus, quibus utraque obligatio etiam solo consensu plerumque introducitur; talis siquidem est hodie, Justiniano volente, donationis natura, praesertim quantum ad eam attinet, quae fit sine mortis mentione, alteram etiam speciem maluit Justinianus ultimis voluntatibus connumerare, quae nimirum a iure

---

nomine facta in der Lehre von der Ehe; cap. 61 de donatione ad ecclesiam unter kirchenrechtlichen Bestimmungen; lib. II. cap. 1—4 de qualitate donationis, (wobei nur von dare ob honestam und ob turpem causam gesprochen wird), de donatione propter factum, de re donata, sed non tradita, de donatione rei alienae (wobei nur die Rede ist von Hingabe einer fremden Sache zu Pfand), cap. 6 de donatione metus causa facta — worauf die Lehre von Conventionalstrafe, Consensualcontracten, Bürgschaft und Pfandrecht folgt.

[1]) Er sagt (Isag. Sign. B. 8): vor einigen Jahren habe er ein Manuscript gelesen, in quo in eum modum donationis tractatus distinctus erat, und (eod. Sign. C. 3) er geselle, angeleitet durch die Handschrift eines alten Büchleins, die Schenkung den Consensualcontracten bei. Nach Savigny, Böcking, Muther hat der von Apel gefundene Codex den Brachylogus enthalten (Muther, Universitätsleben S. 291).

civili suum robur accepit, quae tamen admodum frequens non est et in qua traditio inest[1]). Connanus (Comm. iur. civ. Lib. V. cap. 9—11) behandelt bei der Darſtellung von pactum und transactio auch die Schenkung mit, weil pactum donationis causa fit und weil auch die pollicitatio ex liberalitate fit, wogegen Giphanius einwendet, daß das pactum weder immer animo donandi erfolge noch wie die donatio eine adquisitio ſei. Donell, der ſich mit der Lehre von der Schenkung gar nicht ihrem vollen Inhalt nach beſchäftigt, bringt das, was er von ihr ſagt, an verſchiedenen Stellen ſeines Syſtems vor: die in dem erſten Theil behandelten ſubjectiven Rechte umfaſſen nach ihm das quod proprie nostrum est und das quod nobis debetur; da er nun bei den einzelnen Rechten Erwerb, Inhalt und Verluſt unterſcheidet, findet die Schenkung ihren Platz zunächſt unter den Erwerbsarten des quod proprie nostrum est, in der Rubrik de personis dominium adquirentibus (Lib. IX. cap. 5), ſpeciell mit Rückſicht auf die Frage, inwiefern Schenkung vom Hausvater an das Hauskind zuläſſig ſei (IX. cap. 5. § 16 ff.), und dann ausführlich in der Lehre von den Realcontracten unter der Rubrik de repetitione rerum donatarum (Lib. XIV. cap. 26 ff.), indem er in jedem Fall der Schenkung einen ſtillſchweigenden Contract über Rückgabe für den Fall

[1]) Muther, Univerſitätsleben S. 461.

des Eintritts eines der Rückforderungsgründe annimmt, eine Stellung, die nicht nur, wie Savigny System IV. S. 3 ſagt, von der unbedeutendſten Beziehung, die ſich dafür auffinden läßt, hergenommen, ſondern mit ihrem Grund abſolut verkehrt iſt.

Von den Modernen wird ſeit Heiſe die Schenkung vielfach im Obligationenrecht, unter den Entſtehungsgründen der Obligationen, aufgeführt[1]). Die gegen die Inſtitutionenſtellung ſprechenden Gründe treten mit verſtärktem Gewicht gegen die Behandlung der Schenkung als Obligationsbegründungsact auf: es iſt eben auch nur ein einzelner Fall der Schenkung, der in das Obligationenrecht gehört, während ſchenkweiſe Eigenthumsübertragung, Conſtituirung von Servituten, Befreiung von einer dinglichen Laſt mit dem Obligationenrecht und Erlaß einer Schuld wenigſtens mit der Begründung von Obligationen nichts zu ſchaffen haben, und es iſt wieder nicht die Natur der Schenkung als ſolcher, ſondern die des Mittels der Zuwendung, welche ihr dieſen Platz anweiſen könnte, ja es läßt ſich dafür nicht einmal der Grund geltend machen, der, wenn

---

[1]) Heiſe, Grundriß III. § 207. Thibaut, Syſtem § 559 ff. Mühlenbruch, Pand. II. § 440 ff. Göſchen, Vorleſ. II. 2. § 536 ff. Seuffert, Pand. II. § 362 ff. Schilling, III. § 350, Erinn. 2. Wächter, Pand. II. § 196. Dernburg, Pand. II. § 106. Windſcheid, Pand. II. § 365. A. 18.

einmal materielle causa und formelles Mittel nicht unterschieden werden, die Stellung unter den Eigenthumserwerbsarten erklärlich erscheinen läßt, daß die Stellung nach dem Hauptfall gewählt sei, denn das ist der Fall des Schenkungsversprechens zweifellos nicht.

Mit Recht sagt Savigny a. a. O. S. 3, diese verschiedenen Stellungen träfen nur darin überein, daß sie alle gleich unbegründet und unbefriedigend sind. Er sieht den Grund des Fehlers in dem falschen Ausgangspunkt, die Schenkung als ein einzelnes Rechtsgeschäft aufzufassen, während sie in der That ein allgemeiner Character sei, den die allerverschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen könnten; darum stellt er sie in den allgemeinen Theil, an die Seite des Vertrags, dem sie durch die Allgemeinheit ihrer Natur und durch die Mannigfaltigkeit ihrer Anwendung gleichartig sei. Wenn er dabei erwähnt, daß er für diese Stellung schon einen Vorgänger angeben könne, nämlich Puchta, System des gemeinen Civilrechts 1832 § 35 und Lehrb. der Pandekten 1838 § 53, und wenn gleich ihm alle Schriftsteller annehmen, daß Puchta der Erste gewesen sei, der die Schenkung im allgemeinen Theil dargestellt habe, so ist dem gegenüber zu bemerken, daß Burchardi, Lehrb. des röm. Rechts 1836 II. S. 808. A. 12, mit Recht die Priorität in Anspruch nimmt, da er bereits in seinem 1823 erschienenen System des röm.

Rechts im Grundriß der Schenkung dieſe Stellung angewieſen hat[1]).

Dieſe Lehre hat ebenſoviel Beifall und Nachahmung wie Widerſpruch gefunden[2]). Der Widerſpruch aber geht von zwei durchaus verſchiedenartigen Erwägungen aus. Die Einen halten

---

[1]) Freilich hat Burchardi ſelbſt ſpäter nicht darnach gehandelt, ſondern aus Zweckmäßigkeitsgründen die Schenkung in das Obligationenrecht geſtellt. Vgl. Lehrbuch des röm. R. II. § 266. A. 12. — Aehnlich Schilling a. a. O. (vorige Anm.) Erinn. 1: er erklärt, daß es zwar dem allgemeinen Character der Schenkung angemeſſen ſei, wenn ſie in den allgemeinen Theil geſtellt werde, aber er will wegen des damit verbundenen Uebelſtandes, daß dann hier ein Eingehen ins Einzelne eingemiſcht werde, das Detail der Lehre in den beſondern Theil verwieſen wiſſen, um dann ſchließlich Detail und Allgemeines in das Obligationenrecht zu ſtellen. Vgl. auch Unterholzner, Schuldverh. II. § 576. S. 497.

[2]) Für die Stellung im allgemeinen Theil die Pandektenlehrbücher von Vangerow, I. § 121 ff. Sintenis, I. § 23. Arndts, § 80. Böcking, II. § 106. Brinz (1. Aufl.), I. 2. § 350. S. 1542 ff. Bekker, II. § 102. Beil. I. Ferner Unger, Oeſterr. Privatrecht II. § 95. Krainz, Syſt. d. Oeſterr. Privatrechts I. S. 132. Meyerfeld, die L. v. d. Schenkungen I. § 9. Pollack, der Schenkungswiderruf § 1. — Im allgemeinen Theil bringt die Schenkung auch unter Sohm, Inſtit. § 29, aber unter einem ſchiefen, auf Verwechſelung von causa und Motiv beruhenden Geſichtspunkt, nämlich unter den Motiven des Rechtsgeſchäfts: dieſe und damit auch, ob der Handelnde durch das Rechtsgeſchäft die von ihm verfolgten Zwecke erreiche, ſeien im Allgemeinen gleichgiltig, nur in den Fällen des metus, des dolus, des error in substantia und der Schenkung ſeien ſie relevant.

gerade an dem von Savigny verworfenen Ausgangspunkt feſt und behaupten, die Schenkung ſei nichts weniger als ein allgemeiner Character, ſondern ein concretes einzelnes Geſchäft wie der Kauf[1]). Andere leugnen nicht den allgemeinen Character der Schenkung, ſondern nur, daß dies etwas der Schenkung eigenthümliches ſei: die Schenkung ſei nicht allgemeiner als andere Geſchäfte und zwar nicht blos ſolche materieller Art wie Dosbeſtellung, Vergleich, Zahlung, ſondern auch formale Geſchäftstypen wie Stipulation und Tradition, indem jene eben ſo wie die Schenkung in den verſchiedenſten Formen der Vermögenszuwendung und dieſe auf Grund der verſchiedenſten causae vorgenommen werden könnten, mithin auch hier nicht ein einzelnes Geſchäft, ſondern ein allgemeiner Character, den die allerverſchiedenſten Rechtsgeſchäfte annehmen können, in Frage ſtehe[2]).

---

[1]) Vgl. z. B. Dankwardt, Nationalöcon. u. Jurispr. III. 49. Windſcheid a. a. O. Anm. 18.

[2]) Vgl. u. A. Fitting, Arch. f. civ. Prax. Bd. 52. S. 389 ff. Hofmann, Die L. v. titulus u. modus acquirendi S. 81 ff. Salpius, Novation und Deleg. S. 215 ff. — Brinz a. a. O. S. 1542 erklärt einerſeits, die Schenkung ſei keine bloße Characteriſirung irgend welcher anderer Geſchäfte, ſondern ſelbſt Geſchäft und zwar ſtets ein concretes Geſchäft, ſo gut wie Kauf, Miethe, Commodat, andererſeits räumt er aber ein: als bewegliches Geſchäft läßt ſich die Schenkung immerhin bezeichnen deswegen, weil ſie in allen Arten und Formen der Vermögenszuwendung

Nun iſt ja zweifellos richtig, daß das einzelne im Leben vorkommende Schenkungsgeſchäft ſtets ein concretes nur in der Verbindung der formalen und cauſalen Seite exiſtirendes Geſchäft iſt, aber darum iſt nicht weniger richtig, daß die Schenkung durch das gemeinſame Moment der causa donandi, welches allen dem Mittel der Zuwendung nach verſchiedenen Schenkungsgeſchäften gleichmäßig zu Grund liegt, zu dem allgemeinen Begriff der Schenkung geſtempelt und infolge der mit dieſer materiellen causa in Verbindung ſtehenden eigenthümlichen Rechtsfolgen zu einem allgemeinen Geſchäftscharacter erhoben wird, nicht anders als dies bei allen formalen Geſchäften, die ſich mit verſchiedenartigen causae, und bei allen materiellen Geſchäften, die ſich mit verſchiedenartigen Formen der Zuwendung zu einem concreten Geſammtgeſchäft zuſammenſchließen können, der Fall iſt. Es iſt klar, daß dieſe Auffaſſung in keiner Weiſe widerlegt und getroffen wird durch die Bemerkung von Windſcheid a. a. O. Anm. 18: man drehe das wahre Verhältniß geradezu um, wenn man die Schenkung einen allgemeinen Character nenne, den die verſchiedenſten Rechtsgeſchäfte annehmen könnten, denn dieſe verſchiedenen Rechtsgeſchäfte ſeien nichts real Exiſtirendes, es

---

erfolgen kann, und die mannichfachſten Geſchäftsformen, inſofern ihnen causa donandi innewohnt, ſind um der gemeinſamen causa willen ein und daſſelbe Geſchäft und darum gemeinſamen Regeln ausgeſetzt.

werde nie eine Eigenthumsübertragung u. ſ. w. als eine ſolche gemacht, vielmehr gebe es in der Wirklichkeit nur Eigenthumsübertragung aus dieſem oder jenem Beſtimmungsgrund, mit dieſem oder jenem Character, und einer dieſer möglichen Realität ſchaffenden Charactere ſei die Schenkung. Daß die Eigenthumsübertragung oder irgend einer der andern formalen Geſchäftscharactere etwas real Exiſtirendes ſei d. h. im Leben allein für ſich, ohne Verbindung mit einer materiellen causa vorkomme, daß Mancipation, Tradition, Stipulation u. ſ. w. anders denn als Individuen exiſtiren könnten (Brinz, S. 1543), nimmt Niemand an, und wie die Schenkung einer der dem formalen Geſchäft der Eigenthumsübertragung Realität verleihenden Charactere iſt, ſo iſt andererſeits ebenſo auch die Eigenthumsübertragung einer der dem materiellen Geſchäft der Schenkung, der Zahlung, des Vergleichs Realität verleihenden formellen Charactere. Schenkung wie Eigenthumsübertragung ſind eben gleichmäßig nur zwei Seiten des real exiſtirenden Geſchäftes, von denen im Leben keine iſolirt für ſich vorkommt. Wenn aber die Wiſſenſchaft die einzelnen Seiten, mit Rückſicht auf die jeder derſelben eigenthümlichen Grundſätze, losgelöſt von dieſem im Leben vorhandenen Zuſammenhang betrachtet, ſo erhält man eben dort den materiellen Geſchäftstypus der Schenkung, hier den formellen der Eigenthumsübertragung. Daraus alſo, daß die Schenkung im Leben nicht in der von der wiſſenſchaftlichen Behandlung ihr

zu Theil werdenden Isolirung vorkommt, folgt nicht, daß sie nicht ein allgemeiner Character ist: sie ist es zweifellos insofern, als sie nicht an eine einzelne bestimmte Art und Form der Vermögenszuwendung gebunden ist, sondern mit den verschiedenartigsten formalen Rechtsgeschäften sich combiniren, ihnen Realität verleihen kann. Diesem allgemeinen Character des Schenkungsgeschäfts mit seinen eigenthümlichen, in allen verschiedenen Combinationen gleichmäßig zur Anwendung kommenden Grundsätzen, seiner Natur als bewegliches oder Gattungsgeschäft, wie Brinz es nennt, wird man ebensowenig gerecht, wenn man die Schenkung in die Lehre von der Eigenthumsübertragung, wie wenn man sie in die Lehre von der Begründung der Obligationen oder in die von der Aufhebung oder Uebertragung von Obligationen stellt. Wollte man für die systematische Anordnung davon ausgehen, daß die Rechtsgeschäfte im Leben nur als concrete, eine formale wie causale Seite aufweisende Geschäfte vorkommen, so würde man überhaupt auf Systematisirung verzichten müssen: jedes einzelne Geschäft müßte für sich dargestellt werden, der Fall, wo durch Eigenthumsübertragung geschenkt wird, der Fall, wo Eigenthumsübertragung zum Zweck der Zahlung erfolgt, der Fall, wo donandi und wo transigendi causa versprochen, der Fall, wo solvendi und wo donandi causa cedirt wird u. s. w. Statt dessen faßt man eben die Fälle, die bei aller Verschiedenheit im übrigen doch das Gemeinsame haben, daß bei

ihnen Eigenthumsübertragung vorliegt, zu dem formalen Geschäft der Eigenthumsübertragung zusammen und erörtert dabei alle die Grundsätze, welche ohne Rücksicht darauf, aus welcher causa im concreten Fall die Eigenthumsübertragung erfolgt, also ohne Rücksicht auf die im Leben vorliegende Gestalt des einzelnen real existirenden Geschäfts, eben deshalb gelten, weil es sich um Uebertragung des Eigenthums handelt; und ebenso faßt man die Fälle, wo eine Vermögenszuwendung aus Liberalität gemacht wird, zu dem materiellen Geschäft der Schenkung zusammen, dessen eigenthümliche Grundsätze durch die Art des Mittels der Zuwendung nicht bestimmt sind und darum überall gelten, wo sich im Leben dieser materielle Character mit irgend einem formellen Geschäftscharacter zu einem concreten Geschäft verbindet. Insofern ist es ganz richtig, wenn Brinz S. 1547 sagt, daß die Schenkung als einzelnes oder concretes Geschäft unter den allgemeinen Lehren keinen Platz habe und doch wegen gewisser Gemeinsamkeiten in allen ihren wechselnden Erscheinungen einen solchen Platz brauche, daß aber das Gleiche auch für Zahlung und Creditgebung gelte, nur daß wir weniger gewohnt seien, auch sie als bewegliche Geschäfte zu betrachten, und daß für sie weniger Singularitäten beständen als für die Schenkungen; würden die einzelnen Geschäfte, bemerkt er, nicht blos im Gefolge der einzelnen Rechte behandelt, sondern für sich, dann ließen sie sich u. A. auch nach ihrer causa vorbringen

und so dann auch Schenkung, Zahlung, Creditirung am rechten Ort.

In der That liegt die Schwierigkeit nicht in der Schenkung, sondern in der üblichen Systematisirung. Wir, wie die Römer, classificiren die Rechte nach ihrer juristischen Gestalt, als dingliche und obligatorische Rechte, und handeln im Gefolge derselben von den sie begründenden und aufhebenden Rechtsgeschäften, von Eigenthumsübertragung, von Constituirung von Servituten, von obligationsbegründenden und liberatorischen Verträgen, von Cession, Delegation u. s. w. Bei diesem nur die formellen Geschäftscharactere ins Auge fassenden Eintheilungsprinzip ist für die materielle oder wirthschaftliche Seite, die ebenso Berücksichtigung fordert, kein Platz: die Schenkung, deren Wesen nicht in der juristischen Gestalt der Vermögenszuwendung, sondern in der causa liegt, ist innerhalb dieser gerade auf der Verschiedenheit der juristischen Gestalt beruhenden Classification ein Fremdling überall.

Schon Meyerfeld (I. S. 89 ff.) hat dies richtig erkannt und betont[1]). Soll die Schenkung, erklärt er, als Ganzes behandelt und doch passend gestellt werden, so müßten erst die üblichen Systeme geändert werden: der Fehler, der sich auch

[1]) Vgl. auch die in der vorigen Anmerkung Angeführten und Dernburg, Pand. II. § 106. A. 2.

bei anderen Lehren bemerkbar mache, beſtehe in der Vermengung zweier ganz verſchiedener Eintheilungsgründe, während man doppelt theilen müſſe, einmal die Vermögensrechte an ſich und deren Entſtehung und Aufhebung aus den zunächſtliegenden formellen Gründen: traditio, mancipatio, stipulatio, pactum, acceptilatio, Ceſſion, und dann die materiellen Gründe der Veränderung, die causae: Schenkung, Verkauf, Dos, Vergleich, Tauſch, solutio, datio in solutum, Darlehn.

Von dieſen beiden ſich kreuzenden Eintheilungsgründen kommt aber eben in unſeren Syſtemen nur der erſtere voll zur Geltung, wie es in der That auch ſchwierig iſt, beiden gleichmäßig zu ihrem Recht zu verhelfen. Darum kann die Schenkung trotz der verſchiedenen Wanderungen durch das Syſtem ihre Ruhe nicht finden und wird es auch nicht ohne Aenderung des Syſtems, die freilich wieder von anderen Inconvenienzen begleitet ſein würde. Legt man überhaupt für das Syſtem als ein Ganzes von gegenſeitig ſich bedingenden und vorausſetzenden Gliedern ein einheitliches Prinzip zu Grunde, ſo geht es ohne einzelne Verſtöße und Abweichungen von der ſtreng ſyſtematiſchen Anordnung nicht ab. Wenn man nun in Anerkennung dieſer unvermeidlichen Inconſequenz vor der Alternative ſteht, die Schenkung im ſpeciellen Theil bei einem der verſchiedenartigen formellen Geſchäftscharactere, bei Eigenthumsübertragung, Servitutbeſtellung, Begründung, Uebertragung, Aufhebung von Obligationen u. ſ. w. unter-

zubringen, oder ſie in den allgemeinen Theil zu ſtellen und damit ihren von der juriſtiſchen Geſtalt des Mittels der Zuwendung unabhängigen allgemeinen Character zum Ausdruck zu bringen, ſo kann in der That die Wahl nicht ſchwer fallen. Gewiß iſt bei der üblichen Syſtematiſirung auch dieſe Stellung eine incorrecte und zuſammenhangloſe inſofern, als auch bei anderen Geſchäftscharacteren, wie Dos, Vergleich, Zahlung u. ſ. w., die gleichen Gründe zutreffen und dieſe trotzdem im ſpeciellen Theil erörtert werden. Aber für die Stellung der dos im Familienrecht, für die des Vergleichs und der Zahlung im Obligationenrecht laſſen ſich doch äußere Gründe geltend machen, die die Bedenken abſchwächen, hingegen für die Zuweiſung der Schenkung zu einer der Lehren des ſpeciellen Theils ſpricht, ſobald einmal Schenkung nicht mehr blos als Eigenthumsübertragung gedacht iſt, ſchlechthin nichts: genau mit demſelben Recht kann ſie in der Lehre von der Begründung oder Aufhebung von Servituten wie in der von der Eigenthumsübertragung, Forderungsbegründung, Forderungsübertragung, Forderungsaufhebung behandelt werden, denn mit der einen Lehre hat ſie ebenſoviel und ebenſowenig Zuſammenhang wie mit der andern, da das, was dem Schenkungsgeſchäft characteriſtiſch iſt, von jeder dieſer Lehren ganz unabhängig und allen dieſen Fällen gemeinſam iſt. Das Beſſere iſt hier der Feind des Guten. Darum, weil auch Anderes beſſer im allgemeinen Theil ſtände und in dieſem eine Claſſificirung nach dem zwei-

fachen Gesichtspunkt des juristischen Mittels und des wirthschaftlichen Zwecks angebracht wäre, ist es nicht schlechthin falsch, einen dieser durch den wirthschaftlichen Zweck bestimmten Geschäftscharactere mit den ihm eigenthümlichen und in allen Fällen seiner Verbindung mit einem der verschiedenen formalen Geschäftstypen gleichmäßig geltenden Grundsätzen im allgemeinen Theil darzustellen.

Man könnte, von vorstehenden Erwägungen aus, daran denken, einen Mittelweg einzuschlagen und im allgemeinen Theil, bei Erörterung des Gegensatzes von formalen und causalen Geschäftstypen und der verschiedenen Arten der causae, von dem Begriff und den Fällen der Schenkung im Allgemeinen sowie von den in der Schenkungscausa ihren Grund findenden eigenthümlichen Rechtssätzen, also dem Formerforderniß, dem Widerruf, dem Verbot unter Ehegatten u. s. w. zu handeln, und dann bei den einzelnen Lehren von den Mitteln der Zuwendung das Specielle darzustellen d. h. das, was für die Schenkung gerade deshalb gilt, weil es die Form der Eigenthumsübertragung oder die der Cession, Delegation, Liberation u. s. w. ist, in der sie erfolgt. Aber was würde dann von der Schenkung für den speciellen Theil übrig bleiben? Nur die Rechtssätze, welche die Schenkung von der Seite treffen, die ihr mit anderen causae gemeinsam ist, und welche eben darum speciell mit der Schenkung als solcher nichts zu thun haben. Für Eigenthumsübertragung ex causa do-

nandi gilt nichts anderes als für Eigenthumsübertragung auf Grund eines Tausches, für schenkweise Servitutbestellung, Cession, Acceptilation nichts anderes als für die solvendi oder condicionis implendae causa vorgenommene. Das, was den Schenkungsact von diesen anderen Zuwendungen unterscheidet, liegt eben nicht in dem formellen Act der Eigenthumsübertragung, Servitutbestellung u. s. w., sondern in der causa donandi, welche bei allen Schenkungsacten gleich und auf die von Seiten des Mittels der Zuwendung geltenden Grundsätze ohne Einfluß ist. Lediglich die Schenkung in Form des Schenkungsversprechens weist einige Besonderheiten auf, die damit zusammenhängen, daß gerade durch Versprechen geschenkt wird, so daß das schenkweise Versprechen von Versprechen auf Grund anderer causa und Schenkung durch Versprechen von Schenkung durch andere Mittel der Zuwendung sich unterscheidet. Daher mag, wie dies auch vielfach geschieht, das Schenkungsversprechen mit seinen für andere Schenkungsacte nicht in Betracht kommenden Besonderheiten dem speciellen Theil vorbehalten werden.

Wenn Schilling (a. a. O. S. 782. Erinn. 1) bemerkt, daß, obgleich es dem allgemeinen Character der Schenkung angemessen erscheine, sie in den allgemeinen Theil zu stellen, doch mit dieser Stellung — falls man sich dabei nicht blos auf das Allgemeine der Schenkung beschränke d. h. auf die

Beſtimmung ihres Begriffs und Weſens und die Angabe ihrer verſchiedenen Arten und Beziehungen, ſondern die ganze Lehre von der Schenkung vortrage — der Uebelſtand verbunden ſei, daß dann in den allgemeinen Theil ein mit dem Begriff und Zweck deſſelben nicht vereinbares und ohne Kenntniß mancher Lehren des ſpeciellen Theils nicht vollkommen verſtändliches Eingehen ins Einzelne inconſequenter Weiſe eingemiſcht werde, und daß es daher wohl richtiger ſei, nur das Allgemeine der Schenkung in den allgemeinen Theil aufzunehmen, hingegen die genauere Erörterung der einzelnen Arten und Fälle derſelben und überhaupt das Detail dieſer Lehre in den beſonderen Theil zu verweiſen, ſo iſt dagegen zu fragen, ob denn das Allgemeine der Schenkung blos in ihrem Begriff und nicht auch in den ihr eigenthümlichen bei allen Arten und Fällen derſelben gleichmäßig platzgreifenden Grundſätzen beſteht und ob nicht, wenn man dieſes Detail aus dem allgemeinen Theil ausſcheidet, die Nothwendigkeit vorliegt, daſſelbe entweder bei jedem einzelnen der zum Vollzug der Schenkung dienenden formellen Rechtsgeſchäfte wiederholt oder aber bei irgend einem dieſer formellen Rechtsgeſchäfte, bei dem die Erörterung des Details aber nur deshalb paßt, weil ſie bei jedem paßt, ausſchließlich zur Darſtellung zu bringen. Entſchließt man ſich aber, um die ſchwerfällige und nutzloſe Wiederholung zu vermeiden, nothgedrungen zu letzterem, ſo kommt nichts anderes heraus als das verzweifelte Reſultat,

daß man irgendwo bei einer einzelnen Lehre des speciellen Theils die Schenkung „auch in ihren anderen Richtungen auffaßt und in ihrem vollen Umfang erörtert, weil dies doch irgendwo im System einmal geschehen muß, wenn nicht die Uebersicht des Ganzen zu sehr erschwert werden soll". Dieser Argumentation gegenüber hat zweifellos die Stellung im allgemeinen Theil die besseren Gründe für sich.

Wie es sonach bei Schilling kein innerer Grund ist, der die Verweisung der Schenkung in das Obligationenrecht bestimmt, so haben auch Andere nur aus Zweckmäßigkeitsgründen die gleiche Stellung gewählt.

So zunächst gerade der, welcher zuerst der Schenkung den allgemeinen Character und die Stellung im allgemeinen Theil vindicirt hat, Burchardi (Lehrb. d. röm. Rechts II. § 266 ff). Er erörtert die Schenkung in der Lehre von den Obligationen aus Verträgen und zwar unter den klagbaren pacta und erklärt (S. 808. A. 12), daß, obgleich die Stellung im allgemeinen Theil der richtige Platz sei, wenn man blos auf das Wesen der Schenkung sehe, doch für die Erörterung und das Verständniß des practischen Details als zweckmäßig erscheine, die Lehre dem Obligationenrecht vorzubehalten. Auf die Begründung dieser Wahl ist damit verzichtet.

Auch Förster (Preuß. Privatrecht II. § 122. S. 7 ff.) spricht von der Schenkung im Obligationenrecht, unter den

Verträgen, deren Leiſtung ein Geben iſt, und zwar den Veräußerungsverträgen, welche Stellung a potiori genommen ſei — als ob die Schenkung, auch wenn ſie ein Veräußerungsvertrag iſt, immer oder auch nur vorwiegend ein obligatoriſcher Vertrag wäre! Er erkennt dabei an, daß die Stellung der Schenkung als eines allgemeinen Characters, den die verſchiedenſten Rechtsgeſchäfte annehmen können, im allgemeinen Theil richtig ſei, inſofern man unter ihr jede unentgeltliche freiwillige Zuwendung eines Vermögensvortheils verſtehe, und daß es, da eine ſolche unter den mannichfachſten Geſchäftsformen erfolgen könne, ebenſo einſeitig ſei, ſie bei dem Erwerb des Eigenthums wie bei den obligatoriſchen Verträgen abzuhandeln, meint aber, daß das vom practiſchen Standpunkt nur ein Schulſtreit ſei: da die Schenkung unter eigenthümlichen Regeln ſtehe, habe ſie den in ihrem Begriff liegenden Character der Allgemeinheit eingebüßt und ſei ein individualiſirtes Rechtsgeſchäft geworden. Was damit geſagt ſein ſoll, iſt nicht recht klar. Die Frage, ob die Schenkung ein allgemeiner Character iſt, den die verſchiedenſten Geſchäfte annehmen können, iſt doch nicht bedingt dadurch, daß keine eigenthümliche Rechtsregeln aufgeſtellt ſind für den Fall, wo das eine oder andere der formalen Geſchäfte dieſen Character hat: wie ſoll alſo dadurch, daß es geſchehen iſt, die Schenkung den Character der Allgemeinheit einbüßen? Eher kann man umgekehrt ſagen: wenn für den Fall, daß eine Zuwendung ex

causa donandi gemacht iſt, keine beſonderen Regeln aufgeſtellt wären, ſo würde der Umſtand, daß ſie ſchenkungshalber erfolgt iſt, keine rechtliche Bedeutung haben, es käme dann blos das individuelle Geſchäft d. h. die Form, in der der Wille unentgeltlicher Zuwendung ſich realiſirt, und der Complex der mit dieſer Form in Zuſammenhang ſtehenden Rechtsſätze in Betracht. Gerade die der causa donandi eigenthümlichen Regeln, die bei jeder Combination dieſer causa mit einem der formellen Geſchäfte zur Geltung kommen, geben der Schenkung eine Bedeutung als allgemeiner Character. Ein individuelles Rechtsgeſchäft wird ſie nicht dadurch, daß ſie unter eigenthümlichen Regeln ſteht, ſondern dadurch, daß die causa donandi ſich mit einem der formellen Geſchäfte verbindet und im Leben als concretes Geſchäft der ſchenkweiſen Eigenthumsübertragung, Ceſſion u. ſ. w. auftritt, und damit büßt ſie natürlich nicht den allgemeinen Character ein, der darin liegt, daß ſie ebenſo mit dem einen wie dem andern dieſer Geſchäftstypen zu einem concreten Geſammtgeſchäft ſich zuſammenſchließen kann und in dem einen wie dem andern Fall von den gleichen Schenkungsregeln beherrſcht wird.

Aus einem andern und doch wieder dem Förſter'ſchen a potiori hergenommenen ähnlichen Grund weiſt Dernburg (Preuß. Privat-Recht II. § 161. Pand. II. § 106) die Schenkung in das Obligationenrecht und zwar zu den Con-

tractsobligationen, ſpeciell den Conſenſualcontracten, nämlich deshalb, weil die an die Schenkung ſich knüpfenden obligatoriſchen Beziehungen vorzugsweiſe von rechtlicher Bedeutung ſeien. Selbſt wenn dieſe Prämiſſe richtig wäre, würde daraus doch jedenfalls nichts für die Stellung unter den Conſenſualcontracten folgen, denn dieſe gehen nach dem Willen der Parteien auf Begründung einer Obligation, während dies für die Schenkung doch nur im Fall des Schenkungsverſprechens zutrifft. Aber läßt ſich überhaupt die Behauptung rechtfertigen, daß die an die Schenkung ſich knüpfenden obligatoriſchen Beziehungen die wichtigſten ſind? Und welches ſind, abgeſehen von den Fällen, wo das Mittel der Zuwendung in der Begründung einer Obligation beſteht, die aus der Schenkung entſpringenden Verpflichtungen? Iſt es nicht umgekehrt das Regelmäßige, daß an die Schenkung obligatoriſche Beziehungen ſich nicht knüpfen, daß ihr weder eine Verpflichtung vorausgeht noch nachfolgt und mit der vollendeten Vermögenszuwendung Alles erledigt iſt? Und ſind nicht die Sätze von der Ungiltigkeit der Schenkung unter Ehegatten, von der Nothwendigkeit der Inſinuation bei großen Schenkungen, von der revocatio propter ingratitudinem u. a., die man doch nicht als an die Schenkung ſich knüpfende obligatoriſche Beziehungen oder aus ihr entſpringende Verpflichtungen bezeichnen kann, wichtiger als die etwa in einem Fall vorliegenden obligatoriſchen Beziehungen, und treten dieſelben nicht

überall ein ohne Rückſicht darauf, ob das Mittel der Zuwendung in der Begründung einer Obligation beſteht?

Von gerade entgegengeſetztem Standpunkt wie Dernburg geht Windſcheid (§ 365. A. 18) aus. Er erkennt an, daß dasjenige, was von der Schenkung abgeſehen von der durch ſie erzeugten Verbindlichkeit rechtlich auszuſagen iſt, an Umfang und Wichtigkeit das über die Schenkungsverbindlichkeit zu ſagende übertreffe, aber dieſe Inconcinnität ſei eben nicht zu vermeiden[1]), und aus principiellen Gründen gehöre die Schenkung nicht in den allgemeinen Theil, ſondern in das Obligationenrecht: denn ſie ſei nicht blos dann eine Verbindlichkeit zu erzeugen im Stande, wenn ſie auch äußerlich als Schenkungsverſprechen auftrete, ſondern es erzeuge möglicher-

---

[1]) Wenn Windſcheid dabei die Frage aufwirft: „würde man die Lehre vom Darlehn weniger in das Obligationenrecht ſtellen wollen, wenn es in Betreff des Darlehns außer dem S. C. Macedonianum noch drei oder vier andere beſchränkende Vorſchriften gäbe", ſo iſt mit der zweifelloſen Nothwendigkeit der Verneinung dieſer Frage für die Schenkung erſichtlich nichts bewieſen. Denn die Schenkung iſt nicht deshalb vom Obligationenrecht auszuſchließen, weil für ſie beſchränkende Rechtsſätze gelten, ſondern deshalb, weil die Mittel zur Erreichung des Schenkungszweckes, mit welchem dieſe beſchränkenden Rechtsſätze zuſammenhängen, den verſchiedenſten Gebieten des Vermögensrechts angehören und mithin ihre Stellung im Obligationenrecht eine einſeitige und ſchiefe iſt, während das auf obligatoriſchem Vertrag beruhende und nothwendig eine Obligation erzeugende Darlehn eine andere Stellung als im Obligationenrecht gar nicht finden kann.

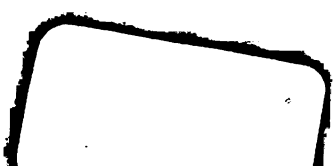
weiſe jede Schenkung eine Verbindlichkeit, nämlich ſobald der Effect der Schenkungserklärung dem Inhalt der Erklärung nicht entſpreche; möglicherweiſe, wenn ein ſolches Entſprechen vorliege, erzeuge ſie allerdings eine Verbindlichkeit nicht, aber möglicherweiſe, in demſelben Fall, erzeuge auch der Kauf eine Verbindlichkeit nicht. Ueber die Behauptung, daß die Schenkung, weil ſie ein concretes Geſchäft ſei, nicht in den allgemeinen Theil gehöre, iſt oben gehandelt worden. Gegen die Argumentation aber hinſichtlich der Zugehörigkeit zum Obligationenrecht erhebt ſich ein doppelter Einwand. Zunächſt der, daß in dem einen Fall ſo wenig wie in dem andern eine Verbindlichkeit für den Schenker entſteht. Unzweifelhaft entſpricht der Effect der Schenkungserklärung dem Inhalt dieſer Erklärung dann nicht, wenn der Schenker eine Eigenthumsübertragung vornimmt in der Meinung, daß ihm die Sache gehöre, und dann dieſe als res aliena ſich herausſtellt und dem Beſchenkten evincirt wird: hier haftet aber ebenſo unzweifelhaft der Schenker nicht. Da Windſcheid den Fall, wo die Schenkung auch äußerlich als Schenkungsverſprechen auftritt, ausdrücklich ausſchließt, ſo muß er nothwendig Fälle im Auge haben, wo ſofortige Zuwendung ohne vorheriges Verſprechen vorliegt: hier iſt aber die Geſtaltung, daß der Effect der Schenkungserklärung dem Inhalt der Erklärung nicht entſpricht, nur ſo möglich, daß der Grund in einem Mangel im Recht des Schenkers liegt, denn an den andern an ſich möglichen Fall, daß wegen eines Mangels

anderer Art, etwa der Form, der Eintritt des Effects ausgeſchloſſen wäre, kann nicht gedacht werden, da dann, wenn z. B. die Inſinuation fehlt und deshalb das Eigenthum nicht übergeht, natürlich auch keine Verbindlichkeit zur Vornahme der Inſinuation begründet iſt. Sonach iſt es nicht zutreffend, daß in dem Fall, wo der Effect dem Inhalt der Schenkungserklärung nicht entſpricht, eine Obligation erzeugt werde. Dazu kommt, daß, wenn der normale Fall der iſt, daß bei einer in ſofortiger Vermögenszuwendung beſtehenden Schenkung der Effect der Erklärung entſpricht, alſo z. B. Eigenthum übergeht, und in dieſem Fall nach Windſcheid ſelbſt eine Obligation nicht erzeugt wird, bei der Unterbringung der Schenkung in der Lehre von den Obligationen gerade von den Fällen anomaler Art ausgegangen wird, was doch den Anforderungen einer geſunden Syſtematik ins Geſicht ſchlägt. Die Verweiſung auf den Kauf, der auch möglicherweiſe — in dem gleichen Fall, wenn der Effect der Erklärung entſpricht — eine Verbindlichkeit nicht erzeuge, kann dieſe Stellung nicht rechtfertigen. Beſteht der Kauf in unmittelbarem Austauſch von Waare und Preis und iſt der Effect ein dieſer Austauſcherklärung entſprechender, ſo daß jeder Theil rechtsgiltig hat, was er haben will und ſoll, ſo iſt freilich von einer unter den Parteien beſtehenden Obligation nicht die Rede, weil eben das, was etwa von obligatoriſchem Moment darin liegt, durch die Erfüllung erledigt und die ganze Sache eine nicht mehr

Gegenstand rechtlicher Beurtheilung bildende causa finita ist; wenn aber der Effect der Erklärung nicht entspricht, so entstehen aus den in der Austauscherklärung liegenden Zusagen rechtliche Verbindlichkeiten, während dies bei der Schenkung nicht der Fall ist; da nun überdies die Fälle, wo das Kaufgeschäft nicht als Naturalkauf, sondern als Versprechen künftiger Leistung auftritt, außerordentlich häufig sind, während gegenüber den Fällen der in sofortiger Zuwendung bestehenden Schenkung das Schenkungsversprechen die seltenere Erscheinung bildet, so ist die Stellung des Kaufs im Obligationenrecht eine eben so gerechtfertigte wie die der Schenkung in diesem Theil des Systems eine ungerechtfertigte ist.

Nach alledem ist eine Inconcinnität da, mag man die Schenkung in den speciellen Theil, unter Eigenthumserwerb oder Obligationsbegründung, oder mag man sie in den allgemeinen Theil stellen: es bleibt überall ein nicht aufgehender Rest. Dort liegt die Inconcinnität darin, daß die Schenkung mit allen ihren Grundsätzen untergebracht wird in einer einzelnen Lehre, mit der sie einen inneren Zusammenhang nicht oder nicht mehr als mit anderen Lehren hat, wodurch der Anschein erweckt wird, als gehöre sie gerade dieser einzelnen Lehre vorzugsweise an; hier liegt die Inconcinnität darin, daß so gut wie die Schenkung auch andere Lehren ihre Stellung im allgemeinen Theil einnehmen könnten. Finden nun diese

anderweiten Lehren aus äußeren Gründen anderswo einen nicht geradezu unpassenden Platz, die Schenkung aber nicht, so erscheint eben ihre Stellung im allgemeinen Theil als die, welche die besseren Gründe für sich hat[1]).

---

[1]) Ueber die Stellung in neueren Gesetzbüchern und Entwürfen vgl. Unger, Oesterr. Privatrecht II. § 95. Anm. Förster, Preuß. Privatrecht II. S. 7. Anm. 3. Motive z. Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches f. d. deutsche Reich II. 286. Anm. 1. Der Entwurf selbst stellt die Schenkung, entsprechend der Behandlung derselben in den modernen Codificationen, außerhalb der allgemeinen Vorschriften über die Schuldverhältnisse an die Spitze der einzelnen Vertragsobligationen (II. Buch. 2. Abschnitt: Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden, 2. Titel, § 437—452).